

MOTIVACIÓN O NO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA
INSUBSISTENCIA DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

ANA CRISTINA DORADO VALLEJO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SAN JUAN PASTO

2012

MOTIVACIÓN O NO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA
INSUBSISTENCIA DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

ANA CRISTINA DORADO VALLEJO

Trabajo de grado para optar por el título de:
Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social

Asesor:

Dr. LUIS GUILLERMO OLEA GUEVARA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
SAN JUAN PASTO

2012

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y las conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad de exclusiva del autor”

Artículo 1º del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966, emanado del honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DE TESIS

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, 20 de octubre de 2012

AGRADECIMIENTOS

*A mi familia,
Quienes me han enseñado lo grato que es
ejercer el derecho honradamente y con pasión.*

GLOSARIO

ACTO ADMINISTRATIVO: Manifestación de voluntad de la Administración tendientes a crear, modificar o extingue una situación jurídica.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Es la actividad pública que ejercen el conjunto de personas u órganos del Estado, adoptando medidas y ejerciendo las acciones necesarias para manejar en la practica el Estado y lograr los fines por él perseguidos.

CARRERA ADMINISTRATIVA: Es la regla general para la provisión de los empleos de todas las entidades y órganos del Estado, y que el ingreso a los cargos de carrera depende de los méritos y calidades de los aspirantes.

CONSEJO DE ESTADO: Es la máxima autoridad judicial de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

CORTE CONSTITUCIONAL: Es la entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la Constitución

DOCTRINA PROBABLE: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación, Corte Constitucional o Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, podrá ser aplicada en los casos análogos por el juez.

FUNCIÓN PÚBLICA: Designa el conjunto de regímenes aplicables a la generalidad del personal de la administración.

PRECEDENTE JUDICIAL: Es la línea jurisprudencial trazada por las Altas

Corporaciones de la Rama Judicial en una materia.

PRUEBA: Conjunto de medios encaminados a demostrar un determinado hecho, los elementos de convicción para la verificación de un juicio.

LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: Una forma de vinculación laboral con el Estado, y sobre los cuales la autoridad competente tiene facultad discrecional para su nombramiento y remoción.

PROVISIONALIDAD: Son aquellos cargos de carrera en los cuales se proveen de manera provisional, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

SERVIDOR PÚBLICO: Son aquellas personas que prestan servicios al Estado, tales como los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

LEY: La ley es un precepto normativo dictada por el legislador, mediante el cual ordena o prohíbe algo en consonancia con la justicia.

RESUMEN

La clasificación de los empleos públicos se encuentra determinada en la Constitución Política de 1991 y como regla general establece que, los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera administrativa, sin embargo, el ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad.

La situación de los provisionales fue inicialmente regulada por la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, sin embargo la señalada normatividad fueron subrogados por Ley 909 de 2004, en la cual no se señaló en forma expresa la forma de desvinculación de los empleados en provisionalidad. Posteriormente, han habido otros intentos legislativos como el Acto Legislativo 01 de 2008 y el Acto Legislativo 04 de 2001, los cuales fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional por razones de igualdad de oportunidades y del principio de merito.

El precedente del Consejo de Estado ha sido uniforme en sostener que los empleados nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de estabilidad. En esta medida el empleador goza de una facultad discrecional para remover del servicio a los provisionales.

Por su parte, la Corte Constitucional sostiene que, los provisionales no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción, toda vez que la provisión del cargo en los primeros no se encuentra determinado por la relación personal sino el carácter técnico del mismo.

Ante la ausencia normativa que regula el tema de la desvinculación de los

empleados en provisionalidad, la postura establecida por la Corte Constitucional resulta la más beneficiosa para el empleado en provisionalidad, pues obliga a que el nominador consigne los motivos de su desvinculación y de no hacerlo permite que el trabajador mediante la acción de tutela se proceda a su reintegro.

ABSTRACT

The public job classification is determined by the Constitution of 1991 and as a general rule provides that the jobs of the entities and state agencies are administrative career, however, the legal system scheduled to career positions can provided in provisional, when present definitive or temporary vacancies and while they are assigned property.

The interim situation was initially regulated by Law 443 of 1998 and its implementing regulations, however the regulations were marked subrogated by Law 909 of 2004, which is not expressly stated in the form of dismissal of employees in provisional . Subsequently, there have been other attempts legislative and Legislative Act 01 of 2008 and the Legislative Act 04 of 2001, which were declared invalid by the Constitutional Court on the basis of equal opportunity and the principle of merit.

The precedent of the State Council has been uniform in holding that employees were not named in provisional stability assists the courts. To this extent the employer has a discretion to remove the interim service.

Meanwhile, the Constitutional Court holds that the interim are not comparable to those of free appointment and removal, since the provision of office in the first is not determined by the personal relationship but the technical nature of it.

In the absence rules governing the issue of untying provisional employees in the position set out by the Constitutional Court is the most beneficial to the employee in provisional, since it forces the nominator allocate the reasons for his dismissal and to do so allows the worker by tutela refund can proceed.

TABLA DE CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCIÓN	
1. MARCO NORMATIVO	16
1.1 Normatividad aplicable a la declaratoria de insubsistencia de empleados provisionales	16
2. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL NOMBRAMIENTO Y DESVINCULACIÓN DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD.	29
2.1 Relevancia del precedente jurisprudencial	29
2.2 Precedente Consejo de Estado	32
2.3 Precedente Corte Constitucional	38
3. ¿SE DEBE MOTIVAR O NO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA INSUBSISTENTE A UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD?	41

CONCLUSIONES

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política a través de los artículos 122 y 123, caracteriza la función pública como el ejercicio de competencias, atribuciones legales o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado.

En esta medida, la función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad¹.

Frente a los servidores del Estado que integran la función pública, el artículo 123 superior define como deben entenderse y en ese sentido señala que se trata de todas aquellas personas que prestan sus servicios al Estado en calidad de miembros de las corporaciones públicas, al igual que los empleados y trabajadores del mismo y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública deben atender el criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, conllevando garantizar la eficiente función pública.

No obstante lo anterior, tenemos que en la legislación colombiana se presenta un caso especial o excepcional frente a la regla general que son los nombramientos en carrera administrativa, el cual tiene su origen en los nombramientos de funcionarios que se hacen en provisionalidad, efectuados con el ánimo de proveer temporalmente un cargo hasta que sea agotado el procedimiento del concurso de méritos para la escogencia del funcionario

¹¹ Ley 909 de 2004. Principio de la Función Pública. Artículo 2. Numeral 1°.

que lo ocupara en propiedad, circunstancia frente a la cual es posible manifestar que nos encontramos ante una estabilidad precaria del funcionario nombrado en provisionalidad, toda vez que este no adquiere o asume los derechos relacionados con la estabilidad laboral contemplados para los servidores inscritos en carrera administrativa.

Ahora bien, en relación a la desvinculación de los empleados en provisionalidad de la Administración Pública, la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa -Consejo de Estado-, ha unificado su criterio sobre la materia, señalando que los nombramientos en provisionalidad se asemejan a los de libre nombramiento y remoción y que por lo tanto, el acto administrativo por medio del cual se declara su insubsistencia no debe ser motivado expresamente, pues implícitamente se determina que el nominador ha motivado su decisión por razones del mejoramiento del servicio, y que por ende, la vinculación del empleado público en provisionalidad no goza de estabilidad laboral.

A contrario sensu de lo sostenido por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha manifestado que los provisionales no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción y por ello, los actos administrativos mediante los cuales se ordena su desvinculación, deben ser motivados so pena de vulnerar el debido proceso.

Por lo expuesto, con el fin de establecer sí la administración debe o no motivar los actos administrativos mediante los cuales declara la insubsistencia de un empleado en provisionalidad, resulta pertinente determinar algunas directrices generales antes de entrar a analizar el tema que constituye el objeto de estudio del presente escrito, por lo tanto:

En primer lugar, se realizara un estudio descriptivo desarrollando un marco

normativo sobre la materia, es decir, señalando la reglamentación existente sobre el tema que nos ocupa.

En concordancia con lo anterior, se procederá a analizar la posición actual de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Una vez finiquitado el plano descriptivo, en segundo lugar se abordara el tema desde una perspectiva crítica, por lo que se determinara sí es deber o no de la administración motivar los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente a un empleado en provisionalidad.

1. MARCO NORMATIVO

En Colombia la clasificación de los empleos públicos se encuentra determinada en la Constitución Política de 1991 específicamente en su artículo 125² donde establece como regla general que los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera³ y deben proveerse a través de concursos.

En relación a la carrera administrativa y los nombramientos en provisionalidad, inicialmente se encontraban regulados en la ley 443 de 1998, dicha normatividad fue derogada por la Ley 909 de 2004.

Por lo tanto, se estudiará la ley 909 de 2004 en lo relacionado con la provisionalidad sin perder de referencia la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

1.1 NORMATIVIDAD APLICABLE A LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADOS PROVISIONALES

En relación a la clasificación de los empleos públicos el artículo 125 de la Constitución Política, establece que:

² CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)*

³ ¿QUE ES LA CARRERA ADMINISTRATIVA? El artículo 27 de la ley 909 de 2004 define la carrera administrativa en los siguientes términos: “Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, del ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.” (...)

La Ley 443 de 1998, en su artículo 8º estableció los casos en los cuales procedían los nombramientos en provisionalidad⁴:

“En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

⁴ Al respecto la Ley 909 de 2004 señala **ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL.** *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.*

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

(...)

PARÁGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos. (Subraya fuera del texto).

En esta medida, el periodo de duración de los nombramientos en provisionalidad fue establecido en el artículo 10°, el cual reza lo siguiente:

“El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.”⁵

Así, el inciso segundo del artículo 3°, del Decreto 1572 de 1998⁶ en ratificó la exigencia de la Ley 443 de 1998 para que procediera el nombramiento en provisionalidad, por ello en este se señaló:

⁵ Expresiones declaradas INEXEQUIBLES.

⁶ El Decreto 1572 de 1998 por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 fue derogado por el artículo 112 del Decreto 1227 de 2005.

(...) “Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales.

Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección, salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad.”

En el artículo 7° Decreto 1572 de 1998 se determinó abreviadamente la forma de desvincular a un empleado nombrado en provisionalidad:

*“**Artículo 7º.-** El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.*

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplir el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.”
(Subraya fuera del texto).

De esta manera, la ley concedió a las entidades descentralizadas la facultad para organizar estos concursos, bajo las directrices de las Comisiones del Servicio Civil y con asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública ⁶.

Sin embargo, dicha competencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C – 372 de 1999, decisión que se fundamentó en que, según la Constitución Política, sólo podía existir una sola Comisión de Servicio Civil, que debería tener alcance nacional, y a la cual le correspondería realizar todos los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera en propiedad, razón por la cual no podían estar conferidas las competencias de tal órgano a los entes descentralizados y se declararon inexecutable los artículos que otorgaban estas facultades.

Adicionalmente, debe señalarse frente a la normatividad expuesta que, si bien el espíritu del legislador a través de la ley 443 de 1998 pretendía garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso, y que los nombramientos en provisionalidad se procuraran mientras se culminaban los concursos de méritos, como excepción a la regla, su finalidad fue desnaturalizada a través de el Decreto 1572 de 1998, toda vez que a través de su artículo 7° autorizó al nominador para que desvinculara al funcionario nombrado en provisionalidad a través de un acto administrativo que no exige motivación, promoviendo que el nominador desvinculará a los provisionales sin una causa determinada o al menos determinable.

Ahora bien, el legislador a través de la Ley 909 de 2004 derogó la ley 443 de 1998, y sobre los empleados en provisionalidad determinó un tipo de

garantía consistente en que aquellos pueden presentarse a los concursos para proveer dichos cargos de manera definitiva, y serían evaluados y se les reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo. Lo anterior así quedó plasmado en el artículo 56 de la ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 56. A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.

La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará los instrumentos para tal efecto.”

Sin embargo, el anterior precepto normativo fue declarado inexecutable a través de la sentencia C- 733 de 2005, por considerarlo violatorio del principio de igualdad en relación a las personas que no estaban vinculadas con el Estado, expresándolo en los siguientes términos:

“En el presente, si bien no se trata de una incorporación automática a la carrera, tratándose de la previsión de concurso abierto, la norma acusada sí consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con

respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos.

El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursan, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada. (Subraya fuera del texto)

Tal como lo abordaremos más adelante, el anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional no resulta acorde con las sentencias proferidas por su Corporación, garantes de los derechos de los empleados en provisionalidad, toda vez que en este falló de inexecutable desprotege a los provisionales por criterios supuestamente de igualdad frente a quienes quisieran acceder a la función pública, desconociendo la experiencia y el desempeño en el cargo.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 fue reglamentada a través del Decreto 1227 de 2005, en el cual sobre los empleados en provisionalidad establece:

“Artículo 9°. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.*

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. *Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”*

En consecuencia, de conformidad con el Decreto 1227 de 2005 los nombramientos en provisionalidad procederían excepcionalmente, cuando no hubiese lista de elegibles, y además que los funcionarios provisionales no podían ser desvinculados antes de vencerse el término del nombramiento por acto administrativo discrecional, sino que era necesaria una motivación expresa.

En esta medida, el legislador mediante el Acto Legislativo 01 de 2008, adiciona el artículo 125 constitucional, estableciendo una prerrogativa mayor consistente en que quienes se encontraran en condición de provisionalidad al momento de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, serán inscritos en el sistema de carrera:

“Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para

inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.”

A pesar del intento del legislador por proteger a los empleados en provisionalidad, la Corte Constitucional a través de la sentencia C-588/09 declaró la inexecutable del Acto Legislativo No. 01 de 2008, por las siguientes razones:

“Dado que, de acuerdo con la jurisprudencia citada, la configuración de una cualquiera de las tres circunstancias da lugar a la sustitución, la Corte observa que la sustitución parcial y temporal operada por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 de 2008 es de más amplio espectro, pues, conforme se ha apuntado, al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, sigue la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que, según la propia jurisprudencia constitucional, tienen relación directa con la carrera administrativa y, como si esto no bastara, se acaba de demostrar que a esos motivos inicialmente verificados, se suman la afectación de la

supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad.”

En la referida jurisprudencia la Corte Constitucional señaló que, dicha decisión tenía efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudaban los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecían de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado.

Posteriormente otro intento del legislativo, se realizó a través del Acto Legislativo 4 de 2011, que en su tenor literal dispuso:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese un artículo transitorio a la Constitución Política, así:

Artículo transitorio. Con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, de quienes en la actualidad los están ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la Comisión Nacional del Servicio Civil, homologará las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo (...)

Para que opere esta homologación, el servidor público debe haber estado ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31

de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso. (...)

Para los empleados que se encuentren inscritos en carrera administrativa y que a la fecha estén ocupando en encargo por más de tres (3) años de manera ininterrumpida un cargo que se encuentre vacante definitivamente, y que hayan obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año, al momento de realizar los concursos respetivos se le calificará con la misma tabla establecida en el presente artículo transitorio.

Sin embargo, este último intento legislativo fue declarado inexecutable a través de la sentencia C-249 de 2012, pues se considero que el artículo transitorio, regula la situación particular de los servidores públicos que actualmente ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, con el propósito de homologar las pruebas de conocimiento propias del concurso de méritos por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para el cargo correspondiente y esta homologación es contraria a los principios de igualdad de oportunidades, así lo expreso la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Si bien puede aducirse que el precepto parte de reconocer la exigencia de realización de un concurso para acceder a dichos cargos y no contempla la incorporación automática a la carrera administrativa, lo cierto es que a los empleados provisionales o en encargo se les reconoce un privilegio, una ventaja frente a los demás aspirantes, quebrantando sustancialmente el principio de igualdad y el mérito real inherente a todo concurso público. Bajo la apariencia de respetar la regla axial de la carrera administrativa, la realidad es que a todos esos servidores públicos se les otorgan

ventajas que desvirtúan la igualdad de condiciones y el verdadero mérito que debe orientar un concurso para ingresar o ascender a la carrera administrativa, sin que se aprecie una justificación legítima desde la perspectiva constitucional, para dicho privilegio.

(...)

Para la Corte, la aparente reforma transitoria demuestra, de manera fehaciente, que el Congreso de la República quebrantó un principio axial de la Constitución, sustituyéndola temporalmente, con el único propósito de imponer una decisión ad-hoc que beneficia a un grupo de personas y que, conforme a lo observado en la sentencia C-588/09 respecto del Acto Legislativo 1 de 2008, “quiso amparar la efectividad de ese propósito colocándolo bajo el manto de una reforma constitucional que de tal, si acaso, únicamente tiene el nombre, por lo que la Corte insiste, en que este tipo de decisiones puramente ad-hoc desnaturaliza el poder de reforma a la Constitución al ser la materialización de una ruptura o quiebre temporal o incidental de la Carta”.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011, a través de la sentencia C-249 de 2012, bajo similares argumentos señalados en la sentencia C-588/09 mediante la cual se declaró la inexecutable del Acto Legislativo 1 de 2008, es decir, porque la norma acusada configuraba una sustitución a la Constitución y vulneraba el principio de igualdad y el mérito.

No obstante, los magistrados Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, salvaron el voto por cuanto,

en su concepto, el Acto Legislativo 4 de 2011 era exequible, y no podían predicarse las mismas razones que condujeron en su oportunidad, a que la Corte declarara inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2008, pues el constituyente no estableció un ingreso automático a la carrera administrativa, sino que parte de la obligatoriedad del concurso público, para que los empleados en provisionalidad o encargados puedan ingresar a la carrera administrativa, y en ese caso, se les permitiera homologar las pruebas de conocimiento por la experiencia y estudios adicionales.

Con la declaratoria de inexecutable del Acto Legislativo 04 de 2011, se concluye la parte normativa y se da paso al estudio jurisprudencial.

2. CRITERIO JURISPRUDENCIAL SOBRE EL NOMBRAMIENTO Y DESVINCULACIÓN DE UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD.

La jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional no tienen un criterio uniforme frente a la vinculación y la desvinculación de un empleado en provisionalidad.

Así las cosas, en el presente ítem se abordarán en primer lugar la importancia del precedente jurisprudencial y posteriormente se determinará cuál es la posición de la jurisprudencia proferida por estas Altas Corporaciones.

2.1 RELEVANCIA DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Tradicionalmente se ha hablado de cuatro fuentes del Derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

En esta oportunidad procederemos a esbozar la importancia de la jurisprudencia dentro del derecho colombiano, enlazando posteriormente su contenido con la teoría que pretende resolver el interrogante que en el presente trabajo nos ocupa.

Así las cosas, a través de la ley 153 de 1887, subrogada por la Ley 169 de 1889, artículo 4, se estableció lo que se conoció como "Doctrina Probable", en el sentido de que *"Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de Casación, sobre un mismo punto de Derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no*

obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores".⁷

En efecto, se reconoció un valor jurídico adicional a la jurisprudencia y no simplemente como un criterio auxiliar de interpretación.

Actualmente, en la Constitución de 1991, se reconoció el valor de máximo tribunal a la Corte Suprema de Justicia en la jurisdicción ordinaria (Art. 234 de la C.P) y al Consejo de Estado en materia contenciosa administrativa (Art. 237 Numeral 1 de la C.P). Es decir, dichos tribunales actúan como órganos de cierre dentro de su respectivo ramo, pues tienen a su cargo la función de revisión final de las sentencias que llegan a su conocimiento, y por lo tanto las decisiones que adopten generalmente serán seguidas por los jueces de inferior jerarquía funcional, y ellos sólo podrán apartarse de lo sentado por su superior con una argumentación jurídica que le permita razonadamente, en el caso concreto, apartarse de lo dicho por el Tribunal.

La anterior posición fue reiterada recientemente a través del artículo 7° de la Ley 1564 de 2012, Estatuto General del Proceso, pues los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley y deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. Adicionalmente cuando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Así, el juez aplicará la jurisprudencia, reconociendo la importancia del principio de igualdad y seguridad jurídica establecidos en la Constitución

⁷ Ley 153 de 1887. Artículo 10.

Política, toda vez que las personas tendrán certeza que se dará un tratamiento igual a situaciones iguales.

Sobre la unificación jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, el artículo 270 del Estatuto General del Proceso, establece que, se tendrá como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, y según lo establece el artículo 10° ídem, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, e incluso si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio, según el artículo 269 ídem, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Ahora bien, en relación a la precedente jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional y su obligatoriedad, esta Corporación en la sentencia T- 656 de 2011 ha manifestado:

"Cabe también aclarar que el deber de acatamiento del precedente judicial se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional, en la medida en que la normas de la Carta Política tienen el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho, de modo que las decisiones que determinan su alcance y contenido se tornan ineludibles para la administración. No entenderlo así, resulta contrario a la vigencia del principio de supremacía constitucional". (Subraya fuera del texto).

Por lo expuesto podemos colegir que los jueces de la República por razones de igualdad y seguridad jurídica deben seguir el precedente jurisprudencial establecido por los Altos Tribunales; sin embargo, lo anterior no obsta para que con argumentos razonables se aparte de lo dicho por sus superiores.

Adicionalmente se debe señalar que el acatamiento de la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional es de más estricto cumplimiento, toda vez que esta Corporación tiene el deber de interpretar las normas constitucionales, normas que son las de mayor jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en el caso en que no ocupa estudiaremos el precedente establecido por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la desvinculación de funcionarios designados en provisionalidad, toda vez que su criterio es relevante para dirimir los conflictos que se presentan ante un estrado judicial y adicionalmente para llegar a la conclusión de sí es deber o no de la administración de motivar los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente a un empleado en provisionalidad.

2.2 PRECEDENTE CONSEJO DE ESTADO.

Dentro de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus Subsecciones “A” y “B” no había un criterio uniforme frente a la desvinculación de un empleado en provisionalidad.

Lo anterior, debido a que por una parte la Subsección “A”, consideró que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozaban de una estabilidad restringida, pues para su desvinculación debe mediar al menos

un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso⁸.

En esta medida, la Subsección “B” sostenía que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por lo tanto, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna⁹.

En virtud de la anterior discrepancia entre las Subsecciones “A” y “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, esta Sección a través de la Sentencia de 13 de marzo de 2003, Expediente 4972-01, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, unificó su criterio frente a la desvinculación de los empelados en provisionalidad en los siguientes términos:

(...) Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(...)

⁸ Entre otras, sentencias de 20 de junio de 2002, exp. 408-01 y de 3 de octubre del mismo año, exp. 4117-01, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero; sentencias de 31 de enero de 2002, exp. 118298-815-2000 y de 22 de agosto de 2002, C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

⁹ Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99), C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, sí las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

De acuerdo a lo expuesto, la Sección Segunda concluye:

“De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.”

De acuerdo al criterio de unificación establecido por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente a los empleados en provisionalidad es procedente colegir que, los provisionales se asemejan a los empleados de libre nombramiento y remoción y que, por lo tanto, estas modalidades de vinculación no generan ningún fuero de estabilidad.

Esta posición ha sido sostenida por el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁰.

10 Cfr., Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 04 de agosto de 2010, (0319-08).

Específicamente, las razones en que se apoya el Consejo de Estado¹¹, son las siguientes:

“El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” frente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.

- Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.

- El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.

- Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.

- No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide

11 Cfr. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencias del 21 de junio de 2007 (4097-2005), del 19 de junio de 2008 (2256-2006), el 12 de marzo de 2009 (5374-05), del 11 de junio de 2009 (0012-2008), del 04 de agosto de 2010, (0319-08), entre muchas otras.

demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial.”¹²

Adicionalmente, el Consejo de Estado determinó la carga probatoria que le asiste al demandante para que lleve a la certeza incontrovertible al juez, de que los motivos o fines que tuvo la administración son ajenos al interés público, así lo señaló en el aparte de la siguiente providencia¹³:

“Ello significa, que si bien el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A.

Lo anterior implica que la parte actora está obligada (carga procesal) a aportar las pruebas que lleven al juez a la certeza incontrovertible de que los motivos o fines que tuvo la administración, son ajenos al interés público en que se funda la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de fuero de estabilidad.”

No obstante lo anterior, la máxima Corporación de la jurisdicción contencioso administrativa ha sostenido¹⁴ que no basta con que la hoja de vida del

¹² Sentencia SU-917 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio, Noviembre 16 de 2010.

¹³ Consejo de Estado, Subseccion A, Sentencia del 29 de abril de 2010, 2075-07

¹⁴ Consejo de Estado. Subseccion “A”, Sentencia del 19 de agosto de 2010, 2622-07.

empleado en provisionalidad demuestre altas capacidades y logros académicos con que cuenta, y que su desempeño fue excelente, eficiente y exigente, pues estos aspectos adquieren relevancia siempre que, de las circunstancias de modo, tiempo se acrediten que no se persiguió el buen servicio con el retiro de la persona.

De las anteriores providencias emitidas por el Consejo de Estado, se pueden evidenciar los dos temas centrales de este escrito:

Ha sido uniforme la jurisprudencia del Consejo de Estado en sostener que los empleados nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de estabilidad, puesto que esta condición es una prerrogativa establecida para los empleados inscritos en el sistema de carrera, y que por lo tanto, la situación de los provisionales se asemeja a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

En concordancia con lo anterior, en virtud de la facultad discrecional que goza el nominador para remover del servicio a los provisionales, el Consejo de Estado ha considerado ajustado a derecho las declaratorias de insubsistencia de funcionarios provisionales, a través de actos administrativos discrecionales, admitiendo una motivación tácita, la cual se supone obedece a razones de interés público y del mejoramiento del servicio, supuesto que puede ser desvirtuado por la parte actora.

Expuesta la tesis planteada por el Consejo de Estado, a continuación se procederá a analizar la posición asumida por la Corte Constitucional.

2.3 PRECEDENTE CORTE CONSTITUCIONAL.

El primer acercamiento de la Corte se hizo en la Sentencia SU-250 de 1998, en la cual luego de hacer un análisis jurídico de la figura de la motivación en el derecho administrativo, sentó un primer precedente en la materia al indicar que, cuando un notario ocupa un cargo en interinidad, en puestos que son de carrera, el acto de desvinculación debe ser motivado, pues sólo por razones de interés general pueden conducir a la desvinculación.

Además, la Corte distinguió entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo.

Posteriormente, a través de la Sentencia T-800 de 1998, la Corte señaló de manera enfática que, *“la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.”*¹⁵.

Subsiguientemente, a través de la Sentencia C-734 de 2000, en la cual se analizaba la constitucionalidad de la expresión *sin motivar la providencia*

¹⁵ Este criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en las siguientes sentencias: C-734 de 2000, T-610 de 2003, T-752 de 2003, T-1011 de 2003, T-597 de 2004, T-1206/04, entre otras.

contenida en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, pues según el demandante desconocía el debido proceso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción toda vez que admitía su desvinculación arbitraria por parte de la administración, se trajo a colación la sentencia SU-250 de 1998, estimando que la anotación de los motivos por los cuales se declaraba insubsistente a un empleado en provisionalidad debían ser anotados en la hoja de vida pues de esta forma se evitaba ejercicio arbitrario de la autoridad.

De esta forma, la Corte Constitucional ha sentado su precedente, el cual ha sido uniforme y el cual se compila de la siguiente manera¹⁶:

“(i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo;

(ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa;

(iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.” (Subraya fuera del texto).

¹⁶ Sentencia T-254/06

Adicionalmente la Corte Constitucional¹⁷ en un principio ordenó por vía tutela y de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable, el reintegro de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en tanto les reconoce cierta estabilidad y que su desvinculación debe darse a través de un acto motivado.

Sin embargo, posteriormente la Corporación ya no ordenó el reintegro sino sólo ordenó la motivación del acto de desvinculación, es decir, hoy la Corte Constitucional no ordena inmediatamente el reintegro como mecanismo transitorio, sino que ordena la expedición del acto de manera motivada y, de no expresarse motivos, se procede a la revinculación del empleado en provisionalidad.

Por lo expuesto, es dable concluir que la tesis establecida por la Corte Constitucional es opuesta a la del Consejo de Estado, pues según esta Corporación – Corte Constitucional- su interpretación se encontraba en mayor consonancia con lo establecido en la Constitución Política en materia de estabilidad laboral y debido proceso, y la finalidad de la Ley 443, logrando con este precedente que el empleado en provisionalidad que haya sido desvinculado de la entidad mediante un acto sin motivación, puede por vía de tutela solicitar la motivación del acto administrativo y de no expresarse se procede a la revinculación.

¹⁷ Sentencia T-1204/04

3. ¿SE DEBE MOTIVAR O NO EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA INSUBSISTENTE A UN EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD?

Del análisis normativo podemos determinar que existe un vacío jurídico para la desvinculación de un empleado en provisional.

Ahora bien, en relación al análisis jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional se establece que, los empleados nombrados en provisionalidad no poseen las mismas garantías y prerrogativas que tienen los empleados de carrera, toda vez que la vinculación de estos últimos, obedece al principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública, manifestado en el sistema de carrera administrativa, otorgándoles una estabilidad laboral, y por lo tanto, el nominador no puede separar al funcionario de su cargo por razones distintas a la calificación insatisfactoria de su desempeño laboral, la violación del régimen disciplinario, o alguna de las demás causas previstas en la Constitución y la ley.

Por otra parte, a pesar de las semejanzas de los nombramientos en provisionalidad y los de libre nombramiento en remoción, no compartimos el precedente trazado por el Consejo de Estado, al considerar darles el mismo tratamiento.

Lo anterior debido a que de conformidad con el artículo 125 de la C.P., los empleos de libre nombramiento y remoción son de carácter excepcional y son aquellos que la Constitución establece y los que determina la Ley, con fundamento en la función misma, en su desarrollo esencial, pues se exige una confianza plena y total. Además su vinculación, permanencia y retiro de, a diferencia de los empleos de carrera, depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente

sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.¹⁸ En consecuencia, para el cumplimiento de los fines estatales, se autoriza al empleador para reemplazarlos por otras personas cuya capacidad, idoneidad y eficiencia se adecuen a los requerimientos institucionales¹⁹.

Así las cosas, la interpretación adoptada por el Consejo de Estado²⁰, según la cual en cualquier momento procede la desvinculación de un provisional “en aras de mejorar el servicio”, resulta una interpretación desfavorable para el trabajador, desconociendo los principios de la administración pública – legalidad, moralidad, eficiencia y debido proceso administrativo-, los cuales constituyen garantías para los administrados.

Ahora, la Corte Constitucional a través de sus pronunciamientos señala que, la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado en provisionalidad deben motivarse, en aras de la garantía al debido proceso.

Ante la ausencia legislativa frente al tema y los pronunciamientos del Consejo de Estado y Corte Constitucional podemos colegir que, con fundamento en el modelo de Estado Social de Derecho, el cual busca lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población, con miras a lograr la efectividad de los derechos, y donde se establece como presupuesto de la actividad estatal la búsqueda y obtención de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, suponiendo una protección especial a la población en materia

¹⁸ Al respecto revisar la sentencia C-479/92.

¹⁹ Al respecto revisar la sentencia C-540 de 1998.

²⁰ Sentencia del 26 de Junio de 2008, Expediente 0606-07, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren

social, razón por la que se fundamenta en el respeto por el trabajo y en consecuencia por la estabilidad laboral, los actos administrativos que declaran insubsistente a un empleado en provisionalidad deben motivarse, expresando las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración, y de esta forma, plasmado la intencionalidad del nominador y constituyéndose en una pauta para la interpretación del acto.

Sostener lo contrario, implicaría incurrir en una causal de anulación del acto administrativo, toda vez que la omisión de la motivación de acto de insubsistencia del empleado en provisionalidad, obedecería a que ese acto tenga finalidades arbitrarias o ajenas a las legalmente permitidas, y finalidades que generalmente no son para mejorar el servicios, sino para favorecer intereses personales, conllevando a la anulación del acto administrativo por la causal de desviación del poder.

Por lo expuesto, la tesis acogida será sobre el tema es la asumida por la Corte Constitucional, pues mediante la motivación expresa del acto administrativo en cuestión, permite que el trabajador goce de una mayor protección, estabilidad laboral y cumpliendo las finalidades del modelo de Estado Social de Derecho, pues el empleado tendrá la certeza que la ruptura de su vínculo laboral no se realizara de manera abrupta y discrecional.

No obstante lo anterior, cabe resaltar que si bien no es dable sostener que la posición de los empelados en provisionalidad no se asemejan a los de libre nombramiento y remoción y que su desvinculación del cargo no puede realizarse por la facultad discrecional del empleador, se advierte que con ese fundamento no se pretende otórgales a los provisionales el mismo fuero de inamovilidad que los empleados de carrera poseen, puesto que como se ha

señalado anteriormente, la procedencia de esta estabilidad laboral sólo es dable cuando se ha agotado previamente las etapas del concurso de méritos.

Ahora es preciso señalar, ¿Cuál es la vía adecuada para salvaguardar los derechos de un empleado en provisionalidad?

Por regla general, podemos sostener que la pretensión de nulidad y restablecimiento ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es el medio judicial adecuado para impugnar el acto administrativo mediante el cual declara insubsistente a los empleados nombrados en provisionalidad.

En esta medida, los jueces administrativos ante la demanda de un acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado en provisionalidad sin motivación expresa, no puede apartarse del criterio uniforme que ha establecido el Consejo de Estado, máximo de la jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que sí bien los jueces gozan de una autonomía consagrada constitucionalmente en sus artículos 250 y 228, deben acatar la fuerza normativa de la doctrina elaborada por los Altos Tribunales, en este caso el Consejo de Estado, actividad mediante la cual los ciudadanos tienen la seguridad jurídica de que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, por excepción, y ante un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y adecuada para reintegrar al funcionario hasta tanto no se produzca un acto expresamente motivado, susceptible de control jurisdiccional²¹.

²¹ Sentencia T-951 del 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia T – 257 de 2006, estableció los presupuestos para que proceda la tutela ante la situación antes mencionada:

“Esta Sala ha reiterado que para conceder el amparo del derecho al debido proceso por falta de motivación deben cumplirse los siguientes supuestos: (i) que se trate de un funcionario nombrado en provisionalidad; (ii) que el cargo que se ocupe sea cargo de carrera administrativa; (iii) que sea posteriormente desvinculado mediante un acto administrativo no motivado; (iv) que se haya remplazado por un funcionario también nombrado en provisionalidad. La acción de tutela sería el mecanismo judicial idóneo para ordenarle a la administración que cumpla con la obligación de motivar su decisión y de esa forma garantizar los derechos constitucionales del funcionario afectado, entre ellos el derecho a acceder a la justicia contencioso administrativa, para controvertir el acto motivado de desvinculación.”

En esta medida, la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente siempre y cuando se cumplan las reglas establecidas por la Corte Constitucional. Cabe resaltar que si se cumplen los requisitos para que se acceda al amparo mediante la acción de tutela procede cuando, no se motiva el acto administrativo mediante el cual declara la insubsistencia, en esta medida, reforzando relativamente la estabilidad laboral del empleado nombrado en provisionalidad, pues el nominador estaría en la obligación de motivar el acto administrativo respectivo, para proceder a declarar la insubsistencia.

CONCLUSIONES

- La clasificación de los empleos públicos se encuentra determinada en la Constitución Política de 1991²², normatividad que establece como regla general que, los empleos de las entidades y organismos del Estado son de carrera administrativa y deben proveerse a través de concursos, sin embargo, el ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.
- La situación de los provisionales fue inicialmente regulada por la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, sin embargo la señalada normatividad fueron subrogados por Ley 909 de 2004, en la cual no se señaló en forma expresa la forma de desvinculación de los empleados en provisionalidad. Mediante el acto legislativo 01 de 2008, se adicionó el artículo 125 constitucional, ordenando la inscripción automática al sistema de carrera, para quienes se encontraran en condición de provisionalidad al momento de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo. Sin embargo, el mencionado precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA. ARTICULO 125. *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. (...)*

- El Consejo de Estado ha sido uniforme en sostener que los empleados nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de estabilidad, pues su situación se asemeja a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. En esta medida el empleador goza de una facultad discrecional para remover del servicio a los provisionales, el Consejo de Estado ha considerado ajustado a derecho las declaratorias de insubsistencia de funcionarios provisionales, y estos actos administrativos discrecionales, admiten una motivación tácita, la cual se supone obedece a razones de interés público y del mejoramiento del servicio.
- A contrario sensu de la tesis planteada por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional sostiene que, los provisionales no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción, toda vez que la provisión del cargo en los primeros no se encuentra determinado por la relación personal sino el carácter técnico del mismo. En esta medida, la desvinculación de los funcionarios en provisionalidad no debe ser discrecional, sino motivada, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa, caso en el cual la corte Constitucional ha manifestado que es procedente la acción de tutela para reintegrar al funcionario hasta tanto no se produzca un acto expresamente motivado, susceptible de control jurisdiccional
- La tesis del Consejo de Estado contraria a la postura de la Corte Constitucional se configura con el denominado *choques de trenes*, situación que genera inseguridad jurídica e injusticia, pues aquellos empleados provisionales que han acudido a la acción de tutela para la protección de sus derechos, han logrado el reintegro a su trabajo cuando el acto administrativo no fue motivado, sin embargo, los empleados provisionales desvinculados que acudieron a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso

administrativa, no lograron el reintegro a su empleo, toda vez que su vinculación se asimilo a la del libre nombramiento y remoción y de esta forma se finiquito la relación laboral por razones de servicio.

- La tesis planteada por el Consejo de Estado, conlleva a que los nominadores estén facultados para que con motivos de mejoramiento del servicio, terminen discrecionalmente la relación laboral de un empleado en provisionalidad, conllevando en el campo judicial que el funcionario tenga la carga probatoria de demostrar la intensión del nominador para retirarlo del servicio, actividad probatoria desgastante, y en la mayoría de los casos infructuosa, toda vez que es una carga procesal ardua, pues se trata de demostrar elementos intencionales que no se encuentran consignados en ningún documento.

- Ante la ausencia normativa que regule el tema de la desvinculación de los empleados en provisionalidad el análisis realizado en el presente proceso nos permite colegir que, atendiendo la tesis de la H. Corte Constitucional, máxima Corporación interpretadora de la Constitución, el nominador debe motivar el acto administrativo mediante el cual se desvincula a un trabajador provisional, con el fin evitar transgredir derechos fundamentales y la eventual interposición de una acción de tutela que ordene su reintegro.

BIBLIOGRAFÍA

Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política.

Colombia. Congreso. Código Contencioso Administrativo

Colombia. Congreso. Ley 443 de 1998. Por el cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso. Ley 909 de 2004. Por el cual se regulan normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia publica y se dictan otras disposiciones.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo, General y Colombiano. Decimoquinta Edición. Bogotá. 2007.

YOUNES MORENO Diego, Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Editorial Temis; 2009.

www.consejodeestado.gov.co.

www.corteconstitucional.gov.co.